مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شمارهٔ پیاپی ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص۲۳۲-۲۰۵

تحلیلی از تعلیق در انحلال عقد در فقه امامیه و حقوق فرانسه*

دکتر علیرضا یزدانیان

استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

Email: Dr.Alireza_Yazdanian@yahoo.com

چکیده

در فقه امامیه علی‌رغم اجماع ادّعایی در خصوص بطلان تعلیق در انعقاد عقد می توان به نهادهای معلّقی دست یافت که بسیار شبیه به«تعلیق در انحلال تعهّد» در حقوق فرانسه می باشد. از سویی منبع قانون مدنی ایران در قسمت تعهّدات ،فقه امامیه و قانون مدنی فرانسه بوده ولی جای این نهاد حقوقی خالی است. در این صورت این تردید به میان می آید که آیا تعلیق در انحلال تعهّد، مشمول اجماع مزبور می‌باشد و با حقوق ایران سازگاری نداشته که صراحتاً پذیرفته نشده است یا این‌که برای تکمیل قانون باتوجه به برخی از تأسیسات فقهی می‌توان چنین نهاد حقوقی را خارج از اجماع دانسته و در حقوق ایران نیز پذیرفت؟ در این مقاله با استفاده از مطالعهٔ تطبیقی، تعلیق در انحلال عقد و آثار آن مطرح شده است.

کلید واژه‌ها: تعلیق در انحلال عقد. سقوط تعهّدات. اثر قهقرائی.

---

* . تاریخ وصول:۱۳۸۶/۱۲/۱۹؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۸۷/۵/۱۶.

طرح مسأله

در فقه امامیه در خصوص تعلیق عقد نظر غالب فقها بطلان چنین نهادی است(حلّی،۲۵۷وابن علامه، ۹۸و مقدّس اردبیلی،۲۲۹). اکثر فقها تنجیز را شرط صحّت عقد دانسته وبر آن ادعّای اجماع نموده اند(جیلانی قمی،۲۰۸وحکیم،۴۲۹). برخی نیز با تفکیک تعلیق در انشاء و تعلیق در مُنشاء قسم اول را محال و در نتیجه باطل دانسته‌اند و نوع دوم آن را ممکن و صحیح شمرده اند(موسوی بجنوردی،۲۹۰). زیرا در تعلیق در مُنشَاء، به جهت وجود فعلی انشاء ،عقد باطل نیست(نجفی،۵۹). حال از نظر حقوق موضوعه ایران ممکن است گفته شود در قانون مدنی به صحّت عقد معلّق تصریح نشده بلکه قانون مدنی در دو قرارداد ضمان (ماده ۶۹۹) و عقد نکاح(ماده۱۰۶۸) تعلیق را سبب بطلان عقد دانسته است و بنابرین با تنقیح مناط می توان گفت این که قانون مدنی تعلیق را پذیرفته باشد جای تأمّل دارد. با این‌که این استدلال خالی از قوّت نیست با این حال به نظر می رسد علی‌رغم اجماع ادعّا شده در فقه وعلیرغم استدلال اخیر مبنی بر امکان تنقیح مناط از مواد ۶۹۹ و۱۰۶۸ در حقوق موضوعهٔ ایران، در مادّهٔ ۱۸۹ق.م، تعلیق در عقد پذیرفته شده است.زیرا اولاً قانون مدنی فقط در دو عقد نکاح و ضمان تصریح به بطلان نموده واگر نظر نویسندگان قانون مدنی بطلان عقد معلّق می بود، باید مانند فقها در مادّهٔ۱۹۰ در مقام بیان شرایط صحّت عقد، به لزوم تنجیز اشاره ای می داشتند که چنین اشاره ای وجود ندارد و بنابراین اختصاص حکم بطلان به عقد ضمان و نکاح می تواند قرینه ای بر صحّت تعلیق در سایر عقود باشد.دلیل دیگر این که قانونگزار در مادّهٔ ۱۸۴ به بیان تقسیم بندی عقود پرداخته و مقرّر داشته است:«عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند: لازم، جایز، خیاری، منجَّز و معلّق»و این واضح است که قانونگزار در مقام تقسیم عقود صحیح بوده است نه باطل.وانگهی در مادّهٔ ۷۲۳ قانون مدنی یک نمونه از تعلیق صراحتاً پذیرفته شده است. طبق این مادّه: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیهٔ دَین دیگری ملتزم شود؛ در این

صورت تعلیق به التزام، مبطل نیست، مثل این که کسی التزام خود را به تأدیهٔ دَین مدیون معلّق به عدم تادیه او نماید» وانگهی در مادّهٔ ۳۵۰ قانون تجارت تعلیق به صراحت پذیرفته شده است: «هرگاه معامله، مشروط به شرط تعلیقی باشد دلال پس از حصول شرط، مستحق اجرت خواهد بود». به همین جهت نویسندگان حقوق مدنی صرف نظر از شیوه توجیه، همه معتقد به صحّت عقد معلّق می باشند (شهیدی،۷۵ و کاتوزیان،۵۸ و امامی،۱۶۹). نکتهٔ بعدآن که در فقه حتی کسانی که ادعای اجماع را در خصوص بطلان عقد پذیرفته اند، مباحثی چون تعلیق در ایقاع(خویی،۹۲ و در فقه عامه سمرقندی،۲۴۶) وتعلیق در شرط و خیار (روحانی،۱۴۲) و تعلیق فسخ (طوسی،۲۳۰)را مطرح و حتی برخی در مورد تعلیق در انحلال عقد از این اجماع چشم پوشی نموده و به نوعی به این نهاد حقوقی اشاره ای داشته اند وگویا بطور ضمنی دو گونه تعلیق را از هم باز شناخته اند:یکی تعلیق در انعقاد و دیگری تعلیق در انحلال (روحانی،۱۴۱) تعلیق در انعقاد که به عقیدهٔ اکثر فقها مشمول اجماع بوده و باطل است، در حقوق موضوعه ایران در مادهٔ ۱۸۴ و ۱۸۹ پذیرفته شده است اما تعلیق در انحلال که مشمول اجماع نبوده(روحانی،۱۴۱) و قاعدتاً باید صحیح باشد، در قانون مدنی درج نشده است.

در حقوق فرانسه نیز مادّهٔ ۱۱۶۸ قانون مدنی به تفکیک تعلیق در انعقاد عقد و تعلیق در انحلال آن پرداخته است که درقسمت های آتی این مقاله، موضوع مزبور با مطالعهٔ تطبیقی مورد بررسی قرار می گیرد.

مفهوم تعلیق در انحلال

درحقوق فرانسه منظور از تعلیق در انحلال عقد، این است که ضمن شرطی در قرارداد، انحلال عقد معلّق به امری در آینده گردد، به نحوی که پس از تحقّق معلّق علیه، عقد خود به خود منفسخ شود(کانه[۱]،۷۳). در حقوق فرانسه این نهاد یعنی انفساخ

۱. kanner

معلّق یکی از اسباب سقوط تعهّدات بوده و ماده ۱۱۸۳ق.م فرانسه در تعریف تعلیـق در انحلال عقدیا شرط فاسخ مقرّر داشته است: «شرط فاسخ شرطی است کـه هنگـامی کـه به وقوع می‌پیوندد، سبب فسخ تعهّد می‌شود و امور را به همان وضعیتی برمی‌گرداند که گویا تعهّد هرگز به وجود نیامده است. این شرط موجب تعلیق در اجرای تعهّـد نیسـت بلکه این شرط متعهّدٌلـه را ملزم می‌نماید که اگر شرط تعلیقی به وقوع بپیوندد آنچـه را دریافت نموده است مسترد دارد». بنابراین در حقوق فرانسـه تعلیـق یـا در انعقـاد عقـد است یا در انحلال عقد واز نظر ساختاری تعلیـق در انحـلال بـا تعلیـق در انعقـاد عقـد تقریباً مشابه می‌باشد که هـر دو درمـادّهٔ ۱۱۶۸ق.م فرانسـه مطـرح شـده اسـت (کـولن. کاپیتان[۱]،۳۷۰ و مجموعه دالوز،[۲]۲۰۲).

در فقه امامیه گذشته ازمطرح شدن تعلیق در ابراء به عنوان یکی از طُـرُق سـقوط تعهّدات (موسوی بجنوردی،۱۰۷و در فقه عامه حصفکی،۲۷۷ و۸۶۳)و تعلیـق در خیـار به عنوان یکی از طرق انحـلال عقـد (روحـانی،۱۴۲) و در فقـه عامّـه، تعلیـق در فسـخ (بهوتی،۲۲۱)، موارد دیگری وجود دارد که فقها تعلیق در انحلال را مطرح سـاخته انـد. صرف نظر از بحث استیمار که فسخ منـوط بـه مشـورت بـا شـخص ثـالثی مـی گـردد (انصاری،۲۹۹)و به عقیدهٔ برخی از فقها، قطعاً تعلیق می باشد(طباطبـایی یـزدی،۲۶). در بیع شرط در خصوص تعلیق خیار بر ردّ ثَمَن(روحانی،۲۵۲)و به عبارتی بر سـر ایـن‌کـه رد ثَمَن چه تأثیری بر عقد داشته واین‌که خود آیا فسخ اسـت یـا مقدمـه و معلّـقٌ علیـه انفساخ است یا نه، به کرّات میان فقها مورد بحث قرار گرفته است.مرحوم شیخ انصاری پنج احتمال در مورد تاثیر ردّ ثمن مطرح نموده است: اول: ردّ ثمن می تواند قیـد خیـار باشد.به عبارتی خیار، معلّق به ردّ ثمن بوده و قبل از رد ثمن اصلا خیاری وجود نداشته باشد. دوم: ردّ ثمن می تواند معلّق علیه فسخ باشد. در این صورت خیـار از زمـان عقـد

---

۱. Colin.Capitant

۲. Dalloz

هست ولی اثر فسخ معلّق به ردّ ثمن می باشد. سوم: ردّ ثمن می تواند فسخ فعلی باشد. چهارم: ردّ ثمن می تواند معلّق علیه انفساخ باشد. یعنی به مجرّد ردّ ثمن، عقد منفسخ گردد. پنجم: ردّ ثمن می تواند قید وجوب اقاله باشد(انصاری،۲۳۰). صرف نظر از گرایش فقها به هر کدام از نظرات فوق، طرح احتمال چهارم یعنی انفساخ معلّق می‌تواند روزنه‌ای بر پذیرش انفساخ معلّق باشد.

در حقوق ایران نیزبا توجه به این سابقهٔ فقهی می توان گفت مانند فرانسه دو تعلیق وجود دارد :یکی در انعقاد و دیگری در انحلال (کاتوزیان،۱۱۷). حال با این‌که گفته شد ساختار هر دو یکی است با این وجود بین شرط تعلیقی و انحلال معلّق، هم درحقوق فرانسه و هم در حقوق ایران این تفاوت وجود دارد که در انحلال معلّق، عقد از زمان انشاء به وجود می‌آید و تمام آثار آن بار می‌شود جز اینکه انحلال آن معلّق بر امری گردیده است (بودری.لاکانتینری،[۱]۱۰۹و گودمه[۲]،۴۲۹) .در نتیجه در تعلیق درانحلال، متعهّد له می‌تواند متعهّد را اجبار به انجام تعهّد کند (مازو،[۳]۱۰۵۶). در حالی که در عقد معلّق قبل از حصول معلّقٌ علیه‌وفای به عهد لازم نبوده ونمی‌توان متعهّد را مجبور به وفای به عهد نمود(فلور. اوبرت. فلوو. ساوو[۴]،۲۰۸ و مازو[۵]،۱۰۵۲) و این امر نشان می دهدکه در انحلال معلّق، دَین ناشی از عقد بر ذمّهٔ متعهّد بار شده و وفای به چنین عهدی قبل از تحقّق شرط فاسخ، صحیح بوده و اگر متعهّد قبل از تحقّق معلّقٌ علیه، وفای به عهد کند، نمی‌تواند آنچه را داده، استرداد کند(سنهوری، ۶۹). اما در عقدی که انعقاد آن معلّق است اگر مدیون قبل از تحقّق معلّقٌ علیه اشتباهاً وفای به عهد کند ایفا نارواست(استارک[۶]،۵۴۸ و تره.سیمله.لکت[۷]. ۱۱۷۲). و در حقوق ایران طبق

---

۱ . Baudry.Lacantine

۲ .Gaudmet

۳ .Mazeaud

۴ . Flor.Aubert,Flour,Savaux

۵ . Mazeaud

۶ .Starck

۷ . Terré,Simler,Lequette

مادهٔ ۳۰۲ ق.م ودر حقوق فرانسه طبق مادهٔ ۱۲۳۵ق.م متعهّد می‌تواند آنچه را پرداخته مسترد دارد(پرشی، سیمون[۱]،۴۱۵ و سنهوری،۴۲).

بنابراین همانگونه که در بدو امر اشاره شد در هر دو سیستم حقوقی ایران و فرانسه از نظر ساختاری ماهیت این دو نهاد حقوقی یکی است و اگر تفاوت هایی نیز وجود دارد، تفاوت ها ناشی از تفاوت در معلّقٌ علیهنیست. بلکه تفاوت آنها در این است که در یکی تشکیل عقد معلّق شده و در دیگری انحلال آن .بنابرین اگر تشکیل عقدی معلّق به بازگشت برادر فروشنده از مسافرت شود و یا انحلال عقدی، معلّق به بازگشت برادر فروشنده از مسافرت شود، تفاوت آنها در این است که در یکی تشکیل قرارداد منوط به امری است و در دیگری انحلال آن.همین تفاوت سبب شده که آثار و احکام خاصّه‌ای بر هر کدام بار شود که به نمونه هایی از آن اشاره شد.با این وجود با توجه به این که ماهیت آنها تا حدودی یکسان است، تمییز تفاوت درتعلیق تشکیل عقد باتعلیق در انحلال آن گاه بسیار دشوار می گردد(سنهوری،۳۰). به عنوان مثال گفته شده در فروش کالایی معلّق بر این‌که بایع ظرف یک‌سال دارای فرزندی نشود؛ اگر مراد این باشد که عقد، معلّق به عدم پیدایش فرزند باشد، تعلیق در تشکیل عقد بوده و اگر ظرف این یک‌سال فرزندی به دنیا نیامد ،عقد، کامل می گردد و اگر منظور این باشد که پیدایش فرزند، معلّقٌ علیهانحلال باشد، باید تعلیق در انحلال دانست و در این صورت اگر ظرف یک‌سال فرزندی به دنیا آمد، عقد منحل می گردد (کاتوزیان، ۱۱۸). به همین جهت در این موارد حقوقدانان احراز اراده طرفین را بهترین شیوه حل مساله می دانند (سنهوری،۳۰).

پس از شناخت هر دو تعلیق برای تبیین تعلیق در انحلال و تفکیک آن از نهادهای مشابه به بررسی تاسیسات مشابه در فقه امامیه می پردازیم:

تفاوت تعلیق در انحلال و خیار شرط

علی‌رغم اختلاف نظر فقهای عامّه در صحّت یا عدم صحّت خیار شرط(خطیب

---

۱ . Porchy.Simon,

شربینی،۴۱۱ و شیخی زاده،۳۴)، در فقه امامیه صحّت خیار شرط اجماعی بوده (انصاری،۲۲۸) و در مادهٔ ۳۹۹ ق.م، خیار شرط پذیرفته شده است.شباهت تعلیق در انحلال و خیار شرط در این است که هر دو سبب انحلال قرارداد و سقوط تعهّد می‌باشند. با این وجود در تعلیق در انحلال با تحقّق معلّقٌ علیه، عقد خود به خود منفسخ شده و نیازی به ارادهٔ انشائی هیچ یک از طرفین نیست. حتی اگر معلّقٌ علیه امری ارادی باشد انفساخ خود به خود انجام می گردد. مانند ردّ ثمن در بیع شرط که اگر این تحلیل پذیرفته شود که ردّ ثمن، فسخ نیست بلکه تسلط و سلطنت بر سبب انفساخ می باشد (انصاری،۲۳۰) با توجیه اخیر، با ردّ ثمن، بیع خود به خود منفسخ می شود. در حالی که در خیار شرط، اعمال خیار مستلزم ارادهٔ انشائی بوده و نوعی ایقاع می باشدخواه ابراز اراده با قول باشد یا با فعل.

تفاوت تعلیق درانحلال و حقّ معلّق فسخ (حقّ فسخ به صورت معلّق)

گاه ایجاد حقّ خیار معلّق به امری است(انصاری،۲۹۹) که در این موارد قبل از تحقّق معلّقٌ علیه اصلا حق خیاری وجود ندارد.(انصاری،۲۳۰) در فقه عامه نیز ضمن طرح این مسأله تصریح شده که در این موارد پیدایش حقّ فسخ معلّق بر تحقّق امری در آینده است(ابن قدامه،۶۷) شیخ انصاری در احتمال اول خود،حق معلّق فسخ را پذیرفته و رد ثمن را معلّقٌ علیه حق خیار دانسته بود (انصاری،۲۳۰). بدیهی است رد ثمن به عنوان معلّقٌ علیه خصوصیتی نداشته و هر واقعه ای می تواند معلّقٌ علیه به شمار آید که البته نه تنها باید معلّقٌ علیه دارای مدت معین باشد بلکه زمان خیار نیز باید معیّن باشد(انصاری،۲۲۸ و طباطبایی یزدی،۲۸). به عنوان مثال اگر شخصی منزل خود را به دیگری بفروشد که اگر فرزند بایع ظرف یک سال ازدواج نماید (مدت یک سال برای تحقّق معلّقٌ علیه) بایع حق فسخ عقد را برای مدت دو روز داشته باشد، (مدت دو روز برای اعمال خیار) این شرط «حق معلّق فسخ» می‌باشد(طباطبائی یزدی،۲۶). در حقوق موضوعه ایران ماده ۴۵۸ ق.م در «بیع شرط» مقرر می دارد «در عقد بیع متعاملین

می‌توانند شرط کنند که هرگاه بایع در مدت معین تمام مثل ثمن را بـه مشـتری رد کنـد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد...». که اگر ماده با این توجیـه یعنـی احتمال اول شیخ انصاری تفسیر گردد، فرق بیع شرط(ماده۴۵۸) و خیار شرط(ماده۳۹۹) در این است که در خیار شرط، حق فسخ منجّز بوده در حالی کـه در بیـع شـرط ایجـاد حقّ فسخ معلّق به ردّ ثمن است(انصاری،۲۸۳ و طباطبایی یـزدی،۲۶). حـال بـا فـرض پذیرش تفسیر اول شیخ انصاری یعنی حقّ معلّق فسخ، از نظر تحلیلـی در تفـاوت حـق معلّق فسخ و تعلیق در انحلال عقد باید گفت که در تعلیـق در انحـلال، پـس از تحقّـق معلّق علیه، عقد خود به خود و بدون نیاز به انشا منفسـخ مـی شـودولی در حـقّ فسـخ معلّق پس از تحقّق معلّقٌ علیه فقط حق فسخ ایجاد می‌شود، اما انفساخی رخ نمـی‌دهـد مگر این‌که ذی‌نفع خیار خود را اعمال نماید که این امر فسخ است نه انفساخ. به همـین جهت در مادهٔ۴۵۸ ق.م ردّ ثمن، اگر فسخ فعلی نباشد(کرکی(محقق ثانی)،۲۹۲)فقط بـه منزلـه تحقّق معلّقٌ علیه برای ایجاد خیار فسخ است وفسخ نیـاز بـه انشـاء دارد(جبعـی العاملی،۲۰۲). مگر اینکه گفته شود رد ثمن عرفاً فسخ فعلی اسـت، (حسـینی شـیرازی، ۳۶۴به بعد)علی‌رغم این‌که هر دو استدلال در فقه در مورد شرط مطرح شده(نجفی، ۳۹، ۳۸) ولی از ظاهر عبارات مادهٔ ۴۵۸ق.م استدلال اول قابل برداشت است.

تفاوت تعلیق در انحلال و حقّ فسخ معلّق

در مواردی طبق توافق طرفین ایجاد حقّ خیار منجّز است ولی اثر گذاری خیـار، معلّق به واقعه ای می شود.این توجیه در فقه عامّه به چشم می خـورد (بهـوتی،۵۴۶) و در فقه امامیه نیز توجیه دوم شیخ انصاری به این ترتیب بود که در بیـع شـرط، خیـار از همان لحظهٔ انعقاد عقد بوجود آید، ولی فسخ عقـد زمـانی رخ دهـد کـه ثمـن رد شـده باشد(انصاری،۲۳۰)که در این صورت نه تنهازمان خیار باید معین باشد(ابن حمزه،۲۳۸) بلکه زمان حصول معلّقٌ علیـه هـم بایـد معـین شـده باشـد(روحـانی،۱۴۱ و طباطبـایی یزدی،۲۸). به عنوان مثال اگر در قرارداد اجارهٔ مغازه ای شرط شود که مسـتأجر ظـرف

دو ماه (مدت دو ماه برای اعمال خیار) بتواند فسخ اجاره را معلّق برخرید زمینی ظرف یک‌سال انشا کند (مدت یک‌سال برای تحقّق معلّقٌ علیه)، ظرف دو ماه مشروطٌ له می‌تواند اجاره را فسخ کند اما فسخ در صورتی اثر دارد و عقد را منفسخ می‌کند که ظرف یک‌سال زمینی پیدا شود. تفاوت احتمال اول و دوم شیخ انصاری در این است که دراحتمال اول یعنی حقّ معلّق فسخ، ایجاد حق خیار معلّق است در حالی که دراحتمال دوم یعنی حقّ فسخ معلّق، ایجاد حق خیار منجّز است جز این‌که تأثیر اعمال خیار یعنی انشای فسخ معلّق به تحقّق امری در آینده گردیده است(جیلانی قمی(میرزای قمی)، ۱۷۴).

حال به فرض پذیرش تفسیر دوم شیخ انصاری یعنی حقّ فسخ معلّق، تفاوت حقّ فسخ معلّق و تعلیق در انحلال در این است که در حقّ فسخ معلّق، ابتدا مشروطٌ له ظرف مدّت معین باید با ارادۀ انشائی، انشای فسخ کند ولی تأثیر اعمال حق فسخ مزبور، موکول به تحقّق امری در آینده می‌باشد. اما در تعلیق در انحلال بعد از تحقّق معلّقٌ علیه، انفساخ عقد خود به خودبوده و نیازی به انشای فسخ، نیست .

انتقاد از تعلیق در انحلال عقد

پس از بررسی نهادهای مشابه روشن شد که در تعلیق در انحلال عقد ،در زمان انشای عقد، انحلال آن بر حادثه‌ای محتمل و نامعلوم در آینده معلّق می گردد که با حصول معلّقٌ علیه، عقد بدون نیاز به انشای فسخ، خود به خود منحل می‌گردد. برخی از فقهاء احتمال داده اند که این شرط با چند ایراد منطقی روبرواست. نخست این که تعلیق در عقود اجماعاً باطل است و در این راستا تعلیق فسخ نیز نمی تواند صحیح باشد؛ زیرا او علّت بطلان تعلیق در این است که انشا نیازمند جزم است و تعلیق منافی جزم می باشد. بنابرین فرقی بین تعلیق در انعقاد و انحلال عقد نبوده وتابع اجماع بوده و باطل است(طهوری،۴۰۷). ثانیاً در این موارد، انفساخ عقد بدون انشا صورت می‌پذیرد. چنانچه به فرض، تحقّق معلّق علیه در آینده بتواند عقد را منحل سازد، این

انفساخ بدون سبب قانونی خواهد بود؛زیرا زوال عقد منوط به اسباب خاصی است و انفساخ عقد بدون انشا و بدون سبب معنا ندارد(انصاری،۲۳۰). ثالثاً در تعلیق در انحلال عقد، همزمان با انشای عقد، انشای فسخ معلّق بر حصول معلّقٌ علیه نیزصورت می پذیردکه در این صورت انشای فسخ همزمان با انشای عقد، در تضادّ بوده و عقد و شرط هر دو باطل می باشند. زیرا در زمان انشای عقد، فسخ آن نیز صورت می پذیرد.

از طرف برخی از فقها به ایراد اول چنین پاسخ داده شده است که عمده دلیل بطلان تعلیق، اجماع است که آن هم در عقود می باشد و تعلیق در شروط منعی ندارد(طباطبایی یزدی،۲۸). وانگهی شاید در انحلال معلّق، صرف شرط به عنوان سبب کافی بوده و معلّق علیه تأثیری به عنوان سببیّت نداشته باشد تا شبهه اجماع مطرح گردد (طباطبایی یزدی،۲۶). به ایراد دوم فوق چنین پاسخ داده شده است که انفساخ عقد بدون سبب نیست؛ زیرا همان ارادهای که عقد را انشا کرده است انفساخ آن را نیز به صورت معلّق انشا نموده است و ایراد سوم نیز به این شکل برطرف می گردد که بعد از انشای عقد نیازی به انشای فسخ جداگانه نبوده و در این صورت تضادی بین انشای عقد و انشای فسخ آن در خود عقد نیست(طباطبایی یزدی،۲۸). زیرا در لحظۀ انعقاد عقدگرچه زمان انشای هر دو عرفاً یکی است اما زمان تحقّق عقد با زمان تحقّق انفساخ دو زمان جداگانه است. با یک انشاء ابتدا عقدی به وجود می آید و پس از مدتی با حصول معلّقٌ علیه منفسخ می گردد .در صورتی امکان تضادّ بین عقد و فسخ بود که زمان تشکیل عقد، و زمان انفساخ آن یکی بود، در حالی که در تعلیق در انحلال، عقد زمان عقد و فسخ متفاوت است. در تعلیق در انحلال، عقد یک ماهیت حقوقی منجّز است که فوراً در عالم اعتبار پدید میآید ولی این شرط در آن درج گردیده که اگر معلّقٌ علیه مورد نظر در آینده به وقوع بپیوندد عقد مزبور منفسخ گردد.با توجه به این که عقد، معلّق نیست بلکه فقط شرط، معلّق است به فرض که ادعای اجماع نیز پذیرفته شود، اجماع مربوط به«عقد» معلّق است نه «شرط» معلّق و در صحّت چنین ماهیتی

ایرادی به نظر نمی‌رسد. به همین دلیل تعلیق در عقد و ایقاع به ویژه اگر در مُنشَاء باشد در عرف و شرع مصادیق زیادی دارد(طهوری،۴۱۴). حال ممکن است این اشکال وارد شود که عمومات نفوذ عقد همچون «اوفوا بالعقود» ناظر به مصادیق متعارف و به عبارتی عقود معین بوده و عقدی که انحلال آن بصورت معلّق شرط شده غیر متعارف بوده و عمومات صحّت شامل آن نشده و بنابرین باطل است(نراقی،۷ و نجفی،۲۱۲). و به قول میرزای قمی «عموم اوفوا بالعقود و امثال آن محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع نه هر چه هر کس خواهد اختراع کند»(جیلانی قمی،۴۱)در پاسخ به نظر می رسد باید با فقهایی مانند صاحب عناوین همراه شد که عمومات نفوذ عقد را شامل هر آنچه که بر آن بتوان اطلاق عقد نمود می دانند(حسینی المراغی،۱۲ و نجفی خوانساری،۷۳) وانگهی ادله نفوذ عقد و شرط، هر شرطی را که مخالف کتاب و سنت نباشد در بر می گیرد و از این رو قراردادی که در آن شرط انحلال درج شده است مشمول ادلهٔ نفوذ و صحّت شرط می گردد(خویی،۳۳۹). در حقوق امروزی نیز مادهٔ۱۰ ق.م همراه با اصل صحّت مندرج در ماده۲۲۳ق.م، صحّت چنین شرطی را تأیید کرده و نفوذ هر عقد و شرطی را جز در مواردی که خلاف صریح قانون باشد در بر می‌گیرد (کاتوزیان،۳۵۴).

زمان تأثیر شرط

تا اینجا روشن گردید که گرچه انشای زوال عقد در خود عقد و همزمان با آن است ولی زمان تحقّق معلّقٌ علیه انحلال با عقدیکسان نیست و در آینده خواهد بود. اما می توان این سؤال را مطرح نمود که اگر زمان تحقّق آینده باشد زمان تأثیر نیز آینده است یا این که شرط، سیر قهقرائی داشته و از زمان انعقاد عقد، آن را منفسخ می‌سازد؟ به عنوان مثال اگر در عقد اجاره ای این شرط درج گردد که اگر از زمان انعقاد تا یک سال دیگر، فرزند موجِر از دانشکده فارغ‌التحصیل گردد، اجاره منفسخ شود. اگر بعد از

یازده ماه از زمان انعقادعقد، فرزند مزبور بتواند فارغ‌التحصیل شود آیا عقد از زمان فراغت از تحصیل منفسخ می‌گردد یا از زمان انعقاد عقد؟

در حقوق فرانسه مادهٔ ۱۱۷۹ ق.م فرانسه در مورد حصول معلّقٌ علیه اثر قهقرائی در نظر گرفته شده است و مقرّر می‌دارد: «شرط دارای اثر قهقرائی[۱] از روز تشکیل تعهّد است ...». و در مورد اثر قهقرائی در انحلال معلّق عقد، صراحت بیشتری وجود داشته و ماده ۱۱۸۳ مقرّر می‌دارد: «شرط فاسخ شرطی است که هنگامی که به وقوع می‌پیوندد سبب فسخ تعهّد می‌شود و امور را به همان وضعیتی برمی‌گرداند که گویا تعهّد، هرگز به وجود نیامده است...». بنابراین در حقوق فرانسه برای تعلیق عقد و تعلیق انحلال عقد، اثر قهقرائی در نظر گرفته شده و در عقد معلّق ،عقد از زمان تشکیل اثر داشته است و در تعلیق در انحلال نیز از روز انعقاد، عقد زایل می‌شود به نحوی که گویا هیچ زمان عقدی بوجود نیامده است(استارک[۲]،۵۴۸). البته اثر قهقرایی انحلال، فرضی بیش نیست (کولن.کاپیتان[۳]،۳۷۶) یعنی آمره نبوده بلکه از مقررات تکمیلی می باشدکه شرط خلاف آن باطل نیست(استارک[۴]،۵۴۹) لازم به ذکر است که در مورد زمان تأثیر شرط در حقوق تعهّدات رویه واحدی وجود ندارد جز این که حقوقدانان مقررات آن را تکمیلی می دانند .به همین جهت حتی اگر زمان تأثیر شرط از زمان حصول معلّقٌ علیه باشد، حکم مزبور تکمیلی بوده و توافق بر خلاف آن ممکن است (کاتوزیان،۱۲۰).به عنوان مثال بند ۲مادهٔ ۱۵۰ قانون تعهّدات سوئیس از این رویه پیروی نموده و مقرر داشته که زمان تاثیر شرط، زمان حصول معلّقٌ علیه است مگر این‌که بر خلاف آن توافق شده باشد.

در فقه و به تبع آن در حقوق ایران به نظر می رسد با توجّه به وحدت ملاک

---

۱ . effect rétroactif

۲ . Starck

۳ . Colin.Capitant

۴ . Starck

فسخ عقد، زمان تأثیر شرط از زمان وقوع معلّقٌ علیه است یعنی عقد اززمان تشکیل عقد تا زمان تحقّق معلّقٌ علیه صحیح و دارای اثر بوده است و از زمان وقوع معلّقٌ علیه، منحل می گردد. زیرا این که عقدی تشکیل شده و آثار خود را داشته باشد ولی پس از حصول معلّقٌ علیه از روز انعقاد کان لم یکن شود با مبانی فقهی سازگار نیست (نجفی،۳۸و ۳۹).

البته نسبت به عوضین عقد باید گفت با تحقّق معلّقٌ علیه عقد منحل شده و عوضین به جای نخستین خود باز می‌گردند (انصاری،۳۰۲و ۲۳۰ودر فقه عامه، شروانی و ابن قاسم العبادی،۶۰۳).و از این منظر یاد آور اثر قهقرائی در حقوق فرانسه است، اما نسبت به منافع با توجه به فقه (نجفی،۳۸و ۳۹) و وحدت ملاک موادّی مانند مادهٔ ۲۸۷ در مورد اقاله و مادهٔ ۴۵۹ در بیع شرط، اثر شرط نسبت به آینده است مگر طرفین بر خلاف آن توافق کرده باشند.درحقوق برخی از کشورهای اسلامی مانند مادهٔ ۲۷۰ ق.م مصرنیز به تبع از فرانسه برای تعلیق، اثر قهقرائی در نظر گرفته شده است مگر از اراده طرفین یا طبیعت عقد خلاف آن ظاهر گردد (سنهوری،۵۹)

ظرف زمانی تحقّق معلّقٌ علیه

با توجه به شباهت شرط انحلال معلّق و خیار شرط این سؤال به ذهن می رسد که آیا در تعلیق در انحلال مانند شرط خیار، درج مدت معینی لازم است یا نه؟در پاسخ به این سؤال بین حقوق فرانسه و ایران تفاوت وجود دارد.

در حقوق فرانسه ذکر مدّت معیّن برای تعلیق لازم نیست(کولن،کاپیتان[1]، ۳۶۸ و فابر،مانیا[2]،۱۵۰). گرچه طرفین قرارداد معمولاً برای تحقّق معلّقٌ علیه خواه در انعقاد معلّق یا انحلال معلّق، مهلتی را درج می کنند و این امر از خلال برخی از موادّ قانون مدنی فرانسه مانند موادّ ۱۱۷۶ و ۱۱۷۷ بر می آید با این وجود درج مدت در حقوق

۱ . Colin.Capitant

۲ . Faber.Magnan

فرانسه الزامی به نظر نمی رسد.

در فقه ذکر مدت برای شرط ضروری است اما در مورد مدت مضبوط برای شرط هم در فقه امامیه اختلاف است(علم الهدی، ۴۳۴ و انصاری، ۲۲۸ و جواهرالکلام، ۳۲) و هم در فقه عامه (بکری،۴۶ و جزیری،۱۷۷) ولی به تبع برخی از فقها که معتقد به مدت معین و مضبوط برای شرط می باشند (محقق حلی، ۲۲) ماده ۴۰۱ ق.م مقرر می‌دارد: «اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است». که علت چنین حکمی پرهیز از غرر است(جبعی العاملی،۳۲۴ و علامه حلی،۶۶) و در تعلیق نیز برخی از فقها به ظرف زمانی اشاره نموده اند (خویی،۱۱۰ و طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب،۲۸) که عقد صحیحی نیز که انحلال آن در ظرف مدت مجهولی معلّق شده باشد غَرَری و باطل است(نجفی،۳۲). بنابرین در حقوق ایران به تبع از فقه باید برای تحقّق معلّقٌ علیه مدت معینی تعیین شود.در توجیه این امر که چرا زمان حصول معلّقٌ علیه باید روشن نباشد چند توجیه ارایه شده است: برخی معتقدند که وجود شرط مزبور در ارزش مبیع تاثیر فراوانی دارد.زیرا همانگونه که بعداً مطرح خواهد شد در عقدی که چنین شرطی درج شده مشروط علیه نمی تواند در مورد معامله دخل و تصرف کند و چنانچه مدت مجهول باشد ارزش مبیع به مقدار مجهولی کاهش پیدا می‌کند و این امر از مصادیق شرط مجهولی است که جهل آن به عوضین سرایت کرده و به استناد مادهٔ ۲۳۳ قانون مدنی، باطل و مُبطل خواهد بود. به عبارتی شرط، قسمتی از عوض است که اگر مجهول باشد عوض، مجهول بوده و عقد باطل است (طباطبایی،۵۲۴). همچنان‌که می توان به استناد غَرَری بودن عقد را باطل دانست(نجفی،۳۲).

آثار عقد قبل از حصول معلّقٌ علیه در تعلیق در انحلال عقد

در این قسمت به بیان آثاری پرداخته می شود که قبل از حصول معلّقٌ علیه بر عقدی که انحلال آن معلّق شده بار می گردد.با توجه به تشکیل عقد و با توجه به

شباهت های زیاد حقوق ایران وفقه وفرانسه در قسمت قراردادها به شرح این آثار پرداخته می شود.

درحقوق فرانسه تعلیق در انحلال، گاه در عقود عهدی و گاه تملیکی است که در هر دو، عقد صحیح بوده و سبب تملیک یا ایجاد تعهّد می باشد(مجموعهٔ دالوز[۱]،۲۰۱). اگر انحلال عقد تملیکی معلّق گردد مانند فروش یک باب منزل با این شرط که اگر ظرف یک سال فرزند فروشنده ازدواج نماید عقد منفسخ شود در حقوق فرانسه،عقد صحیح بوده است(مازو[۲]،۱۰۹۱). و تملیک حاصل می‌گردد (سنهوری، ۳۴). همچنین در این رژیم حقوقی در عقدی که انحلال آن معلّق شده است، مالکیت به منتقلٌ الیه انتقال می‌یابد(استارک[۳]،۵۴۴ و۵۴۷ و بودری، لاکانتینری[۴]،۱۰۹) که این مالکیت نامستقر است(استارک[۵]،۵۴۷).

در فقه نیزعلی‌رغم عقاید مختلف در عقد خیاریّ که شبیه به چنین نهادی است هم در فقه عامّه (حجی الکردی،۲۴۱ و شیخ نظام،۴۰) و هم در فقه امامیه (بحرانی،۳۱)در عقد تملیکی که انحلال آن معلّق شده است باید معتقد به تملیک عین به مشتری شد که قانون مدنی نیز در موادّ ۳۶۴ و ۴۵۹ ق.م از همین نظر پیروی کرده است که به تبع این تملیک منافع نیز ملک منتقل الیه است(ماده ۴۵۹ ق.م). البته این، مالکیت نامستقر بوده(حلی،۳۸۵) و دخل و تصرف منتقلٌ الیه در مال نباید مُنافی حقّ مشروطٌ له باشد(انصاری،۲۹۸) که مادهٔ ۴۶۰ ق.م به تبع ازفقه (جیلانی قمی،۲۰۶و۳۸) مقرر می‌دارد: «در بیع شرط، مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که مُنافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». بنابراین تصرّفات مالکانه در حدود مالکیت نامستقر منتقلٌ الیه به شرط رعایت حقوق ذی‌نفع صحیح است(انصاری،۲۹۹)(مادهٔ ۵۰۰ ق. م)

---

۱ .Dalloz
۲ . Mazeaud
۳ . Starck
۴ . Baudry.Lacantinerir
۵ . Starck

بنابراین، انحلال معلّق به نوعی، تصرّفات ناقلۀ منتقلٌ الیه را محدود مـی‌کنـد. مـاده ۴۵۴ ق.م بیان می دارد: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجـاره باطـل نمی‌شود مگر این‌که عدم تصرّفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صـریحاً یـا ضـمناً شرط شده باشد که در این صورت اجـاره باطـل اسـت». کـه درج شـرط تعلیـق بـرای انحلال، یکی از مواردی است که تصرّفات ناقله به صورت ضمنی منع می‌شود(جیلانـی قمی(میرزای قمی)،۱۷۴).

اگر انحلال عقد عهدی نیزمعلّق گردد در حقوق فرانسه تمام آثار عقـد عهـدی ایجاد می‌گردد ومتعهّدٌ له قبل از حصول شرط باید بتوانـد وفـای بـه عهـد را از متعهّـد، مطالبه کند و در صورت امتناع، اجبار وی به انجام تعهّد را از دادگـاه بخواهـد؛ در ایـن موارد وفای به عهـد لازم بـوده (اسـتارک[1]،۵۴۷) و چنـین وفـایی ایفـای نـاروا نیسـت. همچنان‌که چنین دیونی می‌تواند مشمول اسباب سقوط تعهّدات از قبیـل تبـدیل تعهّـد، ابـرا و... شـود. همچنـین حوالـه دیـن و ضـمان و رهـن بـرای آن صـحیح مـی باشـد (مازو،[2]۱۰۵۳).

در فقـه نیـز ایـن مسـأله مطـرح شـده اسـت کـه خیـار مـانع از انتقـال نیسـت (انصاری،۲۹۸)که مادۀ ۳۶۳ ق.م نیز همین نظر را پذیرفته است.حال بدیهی است که اگر ثمن، عین معیّن باشددرج خیار مانع از انتقال ثمن به بایع نخواهد شد و اگر ثمـن، کلّـیِ ما فی الذمّه باشد نیز بر ذمّۀ مشتری بار شده و به عنوان یک تعهّد، وجود خیـار مـانع از امکان مطالبه آن نیست.

آثار عقد بعد از حصول معلّقٌ علیه در تعلیق در انحلال عقد

از منظر فقه با تحقّق معلّقٌ علیه، قراردادی که انحلال آن معلّق شده است منفسـخ می شود (انصاری،۲۹۹) و در حقـوق فرانسـه وضعیتی بوجـود می آید که بیشتر شبیـه

---

۱ . Starck

۲ .Mazeaud

بطلان است تا انفساخ(استارک[۱]،۵۴۴). همین امر سبب شده که آثار عقد پس از حصول معلّقٌ علیه در دو سیستم حقوقی در مواردی مشترک و در مواردی متفاوت باشد.

اگر عقد تملیکی باشد مانند بیع عین معیّن، در فقه در خصوص عوضین باید گفت مبیع به ملکیت بایع و ثمن نیز اگر عین معین باشد به ملکیت مشتری بازگشته و اگر ثمن، کلی باشد مانندپول بر ذمّهٔ بایع استوار می‌گردد(توحیدی تبریزی،۲۳۱).

در حقوق فرانسه نیز نتیجهٔ مشابهی به چشم می خورد(استارک[۲]،۵۴۸ و توله[۳]،۲۸۸).

در عقد عهدی نیز اگر به تعهّدات ناشی از عقد عمل نشده باشد با تحقّق معلّقٌ علیه، عقد منفسخ شده و ذمّه بری می گردد.گرچه در فقه این موضوع مطرح شده که اگر در بیع شرط هنوز ثمن پرداخت نشده و وفای به عهدی صورت نگرفته باشد خیاری هست یا نه که علی‌رغم وجود تردید حکم به امکان انفساخ داده شده است (انصاری،۲۳۰).

در حقوق فرانسه نیز در چنین وضعیتی طبق مادهٔ ۱۲۳۴ ق.م فرانسه، تعهّدات ساقط می‌گردد (بودری. لاکانتینری[۴]،۱۰۹).

اگر وفای به عهد صورت گرفته باشد در حقوق فرانسه اجرای تعهّد، مانع از انحلال نبوده و با تحقّق معلّقٌ علیه عقد منحل می گردد(مازو[۵]،۱۰۵۶).

در فقه نیز با تحقّق معلّقٌ علیه عقد منحل شده و ذمّه متعهّدٌ له به ردّ مال دریافت شده مشغول می گردد(انصاری،۲۳۰).

تا این‌جا معلوم شد که در مرحلهٔ بعد از حصول معلّق علیه نسبت به عوضین در فقه و حقوق ایران با حقوق فرانسه شباهت هایی موجود است اما نسبت به منافع و

---

۱ . Starck

۲ .Starck

۳ . Toulet

۴ . Baudry.Lacantinerie

۵ .Mazeaud

تصرفات تفاوت هایی وجود دارد:

نسبت به منافع عوضین در حقوق فرانسه طبق مادۀ ۱۱۸۳ قانون مدنی در تعلیق در انحلال عقد، معلّقٌ علیه اثر قهقرائی داشته است (آلکس،تره[1]،۹۵۶) و امور به همان وضعی برمی‌گرددکه قبل از عقدبوده است(استوفل، مانک[2]،۶۷۲)به نحوی که اثر انحلال به گذشته سرایت می‌کند، بطوری که گویا عقدی منعقد نشده است و بنابرین معلوم می گردد که طرفین هیچ زمان مالکیتی نسبت به منافع پیدا نکرده‌اند و بنابراین مالکیت منافع باید متعلق به مالک قبل از عقد باشد(استارک[3]،۵۴۸).

در فقه اثر انحلال در مورد منافع نسبت به آینده می باشد (نجفی،۳۷) اما از نظر بازگرداندن عوضین به ملکیت طرفین قبل از انعقاد عقد، اثری شبیه به اثر قهقرائی حقوق فرانسه دارد. به عنوان مثال در بیع یک باب منزل با این شرط که اگر فرزند بایع ظرف یک سال متأهّل شود بیع فسخ گردد، اثر تحقّق معلّقٌ علیه این است که منزل را به ملکیت بایع در آورده و ثمن نیز بر ذمّۀ بایع قرار می‌گیرد.(علامه حلّی،۹۶) بنابراین مانند حقوق فرانسه عوضین به وضعیت قبلی بازمی‌گردد اما بر خلاف حقوق فرانسه بقیۀ آثار مانند منافع و غیره ناظر به آینده است. بنابراین از زمان عقد تا زمان حصول معلّقٌ علیه و انحلال عقد، طرفین مالک منافع منفصل به حساب می‌آیند.

نسبت به تصرفات نیز در حقوق فرانسه بعد از تحقّق معلّقٌ علیه، تصرّفات منتقلٌالیه از زمان عقد تا زمان حصول معلّقٌ علیه باید باطل باشد(استارک[4]،۵۴۸). زیرا در حقوق فرانسه شرط، اثر قهقرائی داشته و اموررا به همان وضعیتی برمی‌گرداند که گویا هیچ زمان عقد بوجود نیامده و منتقلٌ الیه هیچ زمان مالک نبوده است (بودری، لاکانتینری[5]،۱۰۹).

---

۱ .Alex.Terré

۲ . Stoffel.Munck

۳ . Starck

۴ . Starck

۵ . Baudry.Lacantinerie

در فقه چنین تصرفاتی از زمان عقد تا زمان حصول معلّقٌ علیه، اگر منافی حقّ مشروطٌ له نباشد، صحیح است و از زمان حصول معلّقٌ علیه اگر با حق مشروطٌ له منافات داشته باشد صحیح نیست(انصاری،۲۹۵). مادهٔ ۵۰۰ ق.م در یک مورد مقرّر می‌دارد: «در بیعِ شرط، مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حقّ خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد باید به وسیلهٔ جعل خیار یا نحو آن حق بایع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدّی که منافی با حقّ بایع باشد باطل خواهد بود». وانگهی منافع منفصله از زمان عقد تا زمان حصول معلّقٌ علیه و انحلال عقد، ملک مالک بعد از عقد بوده و از زمان حصول معلّقٌ علیه به ملکیت مالک قبل از عقد بازمی‌گردد(مادهٔ ۴۵۹ ق.م).

نکتهٔ دیگر این‌که در حقوق فرانسه در عقود عهدی که موضوع آن انجام عملی بوده و انحلال آن معلّق است اگرمتعهّد، قبل از تحقّق معلّقٌ علیه، وفای به عهد کرده باشد، بعد از تحقّق معلّقٌ علیه با توجه به اثر قهقرائی شرط، متعهّدٌ له موظف است آنچه را گرفته به متعهّد، مسترد دارد(استارک[1]،۵۴۸). همچنان‌که به عنوان مثال اگر در عقد اجاره‌ای شخصی اجیر شده باشد تا دیواری را به مبلغ صد هزار ریال رنگ‌آمیزی نماید مشروط به این‌که اگر برادر کارفرما ظرف یک ماه ازدواج نماید عقد منفسخ شود، با تحقّق معلّق علیه، عقد منفسخ شده و اجیر باید صد هزار ریال را به صاحب کار بازگردانده و صاحب کار نیز موظّف به پرداخت اجرةالمثل به اجیر است. در برخی از کشورهای اسلامی با این‌که در تحقّق معلّقٌ علیه اثر قهقرائی را پذیرفته‌اند اما در مورد عقود مستمرّ[2] مانند اجاره قائل به استثنا شده‌اند و اثر تحقّق شرط را فقط نسبت به آینده می‌دانند و بنابراین در عقد اجاره مورد مثال از زمان تحقّق شرط، عقد اجارهٔ را منفسخ می‌دانند (سنهوری،۷۲).

---

۱ . Starck

۲ .contrat a execution successive

نتیجه‌گیری

علی‌رغم این‌که فقها در بحث تعلیق اصولاً تنجیز را شرط صحّت عقد دانسته وتعلیق را با آن مغایر و سبب بطلان عقد می دانند و بر این نکته نیز ادّعای اجماع شده است ولی بررسی فقه اسلامی حاکی از آن است که برخی از فقها تعلیق در عقد را خصوصاً تعلیق در مُنشَاء را پذیرفته اند و قانون مدنی نیز از عقاید این دسته از فقها پیروی نموده است. مادۀ ۱۸۹ ق.م مقرّر می دارد: «عقد منجّز آنست که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلّق خواهد بود». البته این ایرادِ منطقی به ظاهر ماده ۱۸۹ ق.م وارد است که ظاهر عبارت بیشتر با تعلیق در تاثیر سازگار است نه تعلیق در مُنشَاء.ولی شارحین قانون مدنی معتقدند منظور نویسندگان قانون مدنی به تبع از فقه، تعلیق در منشاء یا خود عقد بوده نه تعلیق در اثر (شهیدی،۶۷)که به نظر می رسد با توجه به مادۀ ۱۸۴ق.م که در مقام تقسیم بندی عقود،سخن از عقد معلّق به میان آورده است نه اثر عقد و با توجه به بداهت بطلان تعلیق در انشا باید عقد معلّقِ قانون مدنی را منصرف به تعلیق در منشاء دانست. وانگهی دایرۀ تعلیق، محدود به تشکیل عقد نمانده و در برخی از آرای فقهی تعلیق در انحلال نیز مطرح گردیده است. تعلیق در انحلال عقد در حقوق فرانسه مطرح شده و به نظر می رسد می‌توان از احکام تعلیق استفاده کرد و به کمک فقه مخصوصاً با توجه به مقرّرات خیار شرط و بیع شرط و با توجه به وحدت ملاک این مقرّرات می‌توان در حقوق ایران نیز تعلیق در انحلال عقد را صحیح دانست.حتی اگر ادّعای اجماع مبنیّ بر بطلان عقد معلّق را بتوان پذیرفت، می توان آن را از تعلیق در انحلال منصرف دانست. همچنان‌که با توجه به مادۀ ۱۰ق.م و اصل صحّت، اعتقاد به نفوذ شرط، اقوا به ذهن می‌رسد و منافاتی با موازین فقهی نخواهد داشت.چنانچه برخی از کشورهای اسلامی در پذیرش آن تردید به خود راه نداده اند.

بنابراین می توان این انتظار را از مقنّن داشت تا برای تکمیل قانون مدنی ایران

در کنار تعلیق در انعقاد عقد؛ تعلیق در انحلال آن را نیز مطرح کند و شبهۀ بطلان آن را از ذهن ها بزداید؛ آنسان که در فقه اسلامی این کار انجام شده است.بدین ترتیب این انتظار از مقنّن می رود تا غبار از چهره نهاد تعلیق در انحلال که یکی از ظرافت های موجود در فقه اسلامی است بزداید تا نه تنها بر غنای قانون مدنی افزوده شود بلکه توجیه برخی از موادّ قانون مدنی آسان تر گردد.

منابع

الف: منابع فارسی

امامی، دکتر سید حسن،***حقوق مدنی***،تهران انتشارات اسلامیه،ج ۱، ۱۳۷۰.

شهیدی، دکتر مهدی، ***تشکیل قراردادها و تعهّدات***، تهران، نشر حقوقدان،ج ۱، ۱۳۷۷.

کاتوزیان، دکتر ناصر، ***حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها***، انتشارات بهنشر،ج ۱، ۱۳۷۲.

ـــــــــ، ***حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها***، انتشارات بهنشر،ج ۲، ۱۳۶۶.

ـــــــــ، ***حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهّدات***، نشر یلدا، ۱۳۷۴.

ب: منابع عربی

ابن علامه،فخر المحققین،***ایضاح الفواید***ج۲،بی جا۱۳۸۷ه ق.

ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی طوسی، ***الوسیلة الی نیل الفضیلة***،مکتبة آیة اللّه العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۸هق.

ابن عابدین،محمد امین بن عمر،***ردّ المحتارعلی الدّرالمختارشرح تنویر الابصار***ج۷،دار الکتب العلمیة،۱۴۱۵ ه ق۱۹۹۴.

ابن قدامه،ابی محمد عبداللّٰه بن احمدبن محمد،***المغنی***،ج۴،دارالکتب العلمیة، ۱۳۶۲.

انصاری، شیخ مرتضی، ***مکاسب***، ایران، تبریز، اطلاعات، ۱۳۷۵ هـ ق.

بحرانی،یوسف،***الحدائق الناضرة***،ج۱۲جامعه المدرسین،بی تا.

بهوتی،منصور بن یونس،***کشف القناع*** ،ج۳، دار الکتب العلمیه۱۴۱۸ هـق.

باز، سلیم رستم،***شرح المجلة***،المطبعه الادبیه، ۱۹۲۳م.

بکری،ابی بکر عثمان بن محمد شطا الدّمیاطی،***حاشیة اعانـه الطـالبین***،ج ۳چ۱دارالکتـب العلمیه، ۱۴۱۵ هـق. ۱۹۹۵م.

توحیدی تبریزی، محمدعلی، ***مصباح الفقاهة***، تقریرات، درس آیـت الله سـید ابوالقاسـم الخویی، قم، چاپ صدر، ۱۹۹۶ م، ۱۴۱۷هـ ق جلد۶.

جبعی العاملی،زین الدین،***مسالک الافهام***،ج ۳،مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ هـق.

جبعی العاملی،زین الدین،***الروضة البهیة*** ج۱، مکتب الاعلام الاسلامی ۱۳۷۲.

جیلانی قمی،(میرزای قمی)میرزا ابولقاسم بن الحسن،***جامع الشتات***،ج۲،مؤسسـه کیهـان، ۱۴۱۳ هـق.

ـــــــــــــــ ،***جامع الشتات***،ج۳،مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.

ـــــــــــــــ ،***غنائم الایام فی ملسـائل الحـلال ،والحـرام***،ج۴، مکتـب الاعـلام الاسلامی۱۴۱۷ هـق.

جزیری،عبدالرحمن،***کتاب الفقه علـی المـذاهب الاربعـة***،ج۲،دار احیـاءالتراث العربـی، ۱۴۱۳ هـق ۱۹۹۳م.

محقّق حلّی، ابی القاسم نجم‌الدین جعفربن‌الحسن، ***شرایع الاسلام***، قـم، چاپخانـه امیـر، ۱۳۷۴ هـش، جلد۲.

حلّی (علامه) حسن‌بن یوسف بن مطهر، ***مختلف الشیعه***، قـم، موسسـه النشرالاسـلامی، ۱۴۱۵ هـ ق، جلد۵.

ـــــــــــــــ ،***تبصـرة المتعلمـین***،چ وزارت فرهنـگ وارشـاد اسـلامی، ۱۴۱۱ هـ ق.۱۹۹۰م.

حلی،(ابن فهد)، ***المهذب البارع*** ،ج۲،جامعه المدرسین ۱۴۱۱ هـق.

حلی،یحیی بن سعید،***الجامع الشرایع*** ،مؤسسه سید الشهداء۱۴۰۵ هـق.

حسینی المراغی،میرعبدالفتاح،***العناوین الفقهیة***،ج۲، موسسه النشر الاسلامی التابعة الجماعة المدرسین بقم المشرفة.

حسینی شیرازی، حاج سید محمد، ***ایصال‌الطالب***، موسسه الاعلمی، ۱۳۷۳.

حجی الکردی،احمد،***بحوث فی الفقه الاسلامی***،دار المعارف للطباعه،۱۳۹۷هـق. ۱۹۷۷م.

حصفکی،علاء الدین،***الدر المختار***،دار الفکر۱۴۱۵ هـق.

ـــــــــــ ،***الدر المختار***،دار الفکر۱۴۱۵ هـق.

حکیم،سید محسن،***مستمسک العروة***،ج۱۲،مکتبه السید المرعشی۱۴۰۴ هـق.

خویی،ابوالقاسم،***اجاره***،مطبعه العلمیه۱۳۶۵ هـق.

ـــــــــــ ***المساقات***،دار العلم۱۴۰۹ هـق.

ـــــــــــ ***مصباح الفقاهة***،ج۷، نشر وجدانی،۱۳۶۸.

خطیب شربینی،شمس الدین محمد بن محمد،***مغنی المحتاج***،ج۲،دارالکتب العلمیه،۱۴۱۵ هـ .ق،۱۹۹۴م.

روحانی،سید محمد صادق، ***فقه الصادق***،ج۱۷، مؤسسه دار الکتب۱۴۱۴ هـق.

روحانی،سید محمد صادق،***المرتقی الی الفقه الارقی***،ج۱، مطبعه ستاره ۱۴۲۰ هـق.

سنهوری، دکتر عبدالرزاق احمد، ***الوسیط فی شرح القانون‌المدنی‌الجدید***، بیروت، لبنان، منشورات الحلبی الحقوقیة، ۱۹۹۳ م، جلد ۳.

سمرقندی،علاءالدین،***تحفة الفقها***ء ج۳،دارالکتب العلمیه،بی تا.

شروانی،عبدالحمید،ابن قاسم العبادی،حواشی الشروانی وابن قاسم العبادی علی ***تحف المحتاج شرح المنهاج***،ج۱۵،دار الکتب العلمیه،۱۴۱۶ هـ .ق.،۱۹۹۶م.

شیخ نظام،***الفتاوی الهندیة***،ج۳، دار الصار،۱۴۱۱ هـ .ق،۱۹۹۱م.

شیخی زاده،عبدالرحمن بن محمد بن سلیمان الکیبولی،***مجمع الانهرفی شرح ملتقی الابحر***،ج۳،دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۹ هـق. ،۱۹۹۸م.

طوسی،ابی جعفرمحمد بن الحسن بن علی،***المبسوط***،ج۲،چ۳،المطبعه الحیدریه، ۱۳۷۸.

ـــــــــــــــــــــ ،*المبسوط*،ج۴،مکتبه المرتضویه، ۱۳۷۸.

طبا طبایی یزدی،محمد کاظم،*حاشیة مکاسب* ج۲،اسماعیلیان۱۳۷۸ هـق.

طباطبایی،سید علی،*ریاض المسایل*،ج۱، موسسه آل البیت،۱۴۰۴ هـق.

طهوری،شیخ صادق،*محصل المطالب فی تعلیقات المکاسب*،ج۱، انتشارات انوار الهدی۱۴۱۹ هـق.

علم الهدی،علی بن الحسین الموسوی البغدادی،*الانتصار*، مؤسسه النشر الاسلامی،۱۴۱۵ هـق.

کرکی(محقق ثانی)علی ابن الحسین،*جامع المقاصد فی شرح القواعد*،ج ۴، مؤسسه آل البیت لإحیاء التراث، ۱۴۱۱ هـ.ق،۱۹۹۱م.

مقدس اردبیلی،احمد،*مجمع الفایده و البرهان*،ج۱۰،جامعه المدرسین۱۴۱۲ هـق.

موسوی بجنوردی،سید محمد حسین،*القواعد الفقهیة* ج۳، الهادی۱۴۱۹ هـق.

ـــــــــــــــــــــ ،*القواعد الفقهیة*، ج۶، الهادی۱۴۱۹ هـق.

نجفی،شیخ محمد حسن،*جواهرالکلام*،ج ۲۲،دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸.

ـــــــــــــــــــــ ، *جواهرالکلام*،ج ۲۳، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.

ـــــــــــــــــــــ ،*جواهرالکلام*،ج ۴۰، دارالکتب الاسلامیه،۱۳۶۲ هـ.ش.

نجفی خوانساری،شیخ موسی،*منیة الطالب*،ج۳، موسسه النشر الاسلامی،۱۴۱۸.

نراقی،ملااحمد،*عواید الایام*،ج۱، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ هـق.

ج) منابع فرانسوی

Alex.Weill.Terré.Francois.Driot civil.Les obligations.Dalloz.۲é.éd.۱۹۷۵.

Baudry- Lacantinerie. H. précis de Droit civil. Paris. Librairie de la société de Recueil sirey. ۱۲é. éd. ۱۹۲۱. T. ۲.

Colin. Ambroise. Capitan. H. Droit civil Françeais. Paris. Librarie Dalloz. ۸é. éd. ۱۹۳۵. T. ۲.

Dalloz. Précis de Droit civil. Paris. Librarie Dalloz. ۲é. éd. ۱۹۲۸. T. ۲.

Faber-Magnan(Muriel).Les obligations,press universitaires de France ۱é.éd.۲۰۰۴.

Flor(Jacques)Aubert(Jean-Luc)Flour(Yvonne)Savaux(Eric).Droit civil.Les obligations.sirey .Dalloz.۴é.éd.۲۰۰۶.

Gaudmet.Eugéne.Theorie générale des obligations.Dalloz.۱é.éd.۲۰۰۴.

Kanner. M. le Droit simple et complet. Paris. Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence. ۵é. éd. ۱۹۶۵.

Mazeaud(Henri,Leon,Jean,)Chabas(Francois)Lecon de Droit civil.Montchrestien.۹é.éd.par Francois Chabas.۱۹۸۵.T .۲.

Malourie(Philippe)Aynes(Laurent)Stoffel-Munk(Philippe)Droit civil.Les obligation.Defrénois.۱é.éd. ۲۰۰۴.

Porchy-Simon(Stephanie)Droit civil.Les obligation.Dalloz.۳é.éd ۲۰۰۴.

Starck. Boris. Droit civil. Obligations. Paris. Libraries Techniques. Librarire de la cour de cassation. ۱۹۷۲.

Terré.(Francois)Simler(Philippe)Lequette(yves)Droit civil.Les obligstions.Dalloz.۹éd.۲۰۰۵.